

Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del CoViD-19

Alessandra Pisu*

RIGHT TO HEALTH AND MEDICAL LIABILITY IN THE COVID-19 EMERGENCY

ABSTRACT: The CoViD-19 pandemic has promptly brought together the social and individual aspects of the right to health, highlighting some issues that are typical of the healthcare service: nosocomial contagion risk and cure decision against the backdrop of disequilibrium between health needs and available resources. The essay tackles these matters in light of the civil liability system outlined within the law n. 24/2017, putting forward some integrative proposals of the protection framework.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; right to health; tragic choices; medical liability

SOMMARIO: 1. La pandemia da CoViD-19 e il diritto alla salute tra dimensione individuale e collettiva – 2. Sicurezza nelle cure e responsabilità della struttura sanitaria – 2.1. Segue. Il rischio di contagio nosocomiale – 3. Il ruolo del medico nel *triage* da maxi-emergenza. Questioni bioetiche e di biodiritto – 3.1 Segue. La responsabilità civile del personale sanitario e dell'ente ospedaliero impegnati nella cura di pazienti affetti da CoViD-19 – 4. Riflessioni conclusive.

1. La pandemia da CoViD-19 e il diritto alla salute tra dimensione individuale e collettiva

La pandemia generata dalla rapida diffusione del CoViD-19 tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020, oltre ad aver determinato nel nostro Paese una gravissima emergenza sanitaria, ha catapultato l'intera popolazione nella dimensione originaria e conservativa del diritto alla salute, incentrata sull'assenza di malattia. Un anelito, questo, che continua a costituire il nucleo duro, espresso in negativo, di una posizione assai più complessa¹. Non da oggi, difatti, la salute si indentifica in una situazione giuridica soggettiva che si definisce più ampiamente – in termini positivi e di proiezione – individuandola in uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale della persona².

* Professore associato di Diritto privato, Università degli studi di Cagliari. Mail: alepisu74@gmail.com. Il contributo è destinato alla pubblicazione negli "Studi economico-giuridici", vol. LXII, 2009-2020, Tomo I, ESI, 2020, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari. Il presente lavoro è aggiornato al 9 maggio 2020.

¹ V. COSIMO, M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., V, Milano, 2001, 1037; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, 1997; MARIA C. CHERUBINI, *Diritto alla salute*, in *Digesto discipline privatistiche*, 1990.

² V. la definizione di salute sancita nello Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità adottato a New York nel luglio del 1946 (in vigore dal 7 aprile 1948). Sull'evoluzione dell'idea di salute, F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in G. ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Napoli, 2018, 10. Per un mag-

Un bene fondamentale, dunque, che rappresenta nel contempo un obiettivo strenuamente perseguito, con misure di ogni genere, a livello nazionale ed europeo, affinché la sua protezione non si fermi a una mera declamazione nelle Carte dei diritti³.

Stando all'ordinamento domestico, l'art. 32 della Costituzione tutela il diritto alla salute nella sua dimensione individuale e sociale, dunque non solo nei rapporti tra privati, ma anche in quelli con lo Stato.

Al Servizio sanitario nazionale spetta il difficile compito di consentire l'accesso alle prestazioni sanitarie che – allo stato delle conoscenze della scienza medica – possono essere erogate per sconfiggere e debellare le malattie e, più in generale, per offrire a ciascuno le cure idonee a contribuire al completo benessere individuale.

A ciascuno e a tutti, per il vero. Il che solleva rilevanti e delicatissime questioni sulla sostenibilità del diritto alla salute, quale diritto sociale finanziariamente condizionato⁴, e sul corrispondente obbligo delle istituzioni pubbliche di garantire il bene protetto nel rispetto del canone di eguaglianza formale e sostanziale⁵. Principi indiscutibili, alla base del nostro ordinamento democratico, messi a dura prova dalla realtà dei fatti.

La pandemia originata dal CoViD-19 ha improvvisamente investito le nostre vite e l'intero sistema sanitario riducendo drasticamente le distanze che, almeno sul piano concettuale, si è soliti tenere – negli ambiti disciplinari del diritto privato e costituzionale – tra diritto personale e diritto sociale alla salute.

La salute di ciascuno dipende dalla salute di tutti, il bene individuale è un riflesso del bene comune, di un bene comune globale. È il primo importante insegnamento che si può trarre dalla tragica esperienza in corso⁶.

L'enorme portata dell'emergenza sanitaria conferma allora, se mai ve ne fosse bisogno, che i diritti fondamentali non possono essere studiati prescindendo dalla, seppur ardua, riconduzione ad unità delle diverse anime che li compongono. Benché esse giustificino approfondimenti che si sviluppano

giore approfondimento partendo dalle origini del dibattito in Assemblea costituente: R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 377 ss.

³ V. art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 32 Cost.

⁴ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, 1989, 30. Ma v. anche R. BALDUZZI, *op. cit.*, 391 ss., il quale ricorda che la Corte costituzionale non sembra mai aver aderito *in toto* alla costruzione della salute come «diritto finanziariamente condizionato». Per i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in questo fascicolo, 443 ss. dove si ricorda che «il condizionamento finanziario che caratterizza la tutela del diritto alla salute non opera quando viene in rilievo il diritto individuale alla salute, quanto piuttosto rispetto alla distribuzione delle risorse finanziarie tra i vari soggetti del Servizio sanitario nazionale (sent. n. 200/2005)» e che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel contesto del bilanciamento effettuato dal legislatore, un peso talmente preponderante tale da comprimere il “nucleo irriducibile del diritto alla salute” garantito dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana (sent. n. 309/1999)».

⁵ V. art. 1, comma 3, l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, secondo il quale esso «è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

⁶ È utile qui ricordare il pensiero di N. LIPARI, *Diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 105 e 301, secondo il quale la materia dei diritti fondamentali richiede al giurista di adattare i suoi strumenti mentali alla realtà dell'esperienza e alle sopravvenienze della storia.

trasversalmente su innumerevoli ambiti disciplinari, esiste un nucleo indefettibile e comune del diritto alla salute - in diretta connessione con il diritto alla vita e all'integrità fisica di tutti i membri della comunità - che la pandemia ha fatto riemergere con prepotenza. Tale aspetto non può essere trascurato nell'esame delle discipline settoriali.

Nel contempo, è tornato drasticamente alla luce un problema di scarsità di risorse che non si può ignorare soprattutto nel momento in cui il sistema sanitario – già in affanno per la condizione di sotto-finanziamento che da sempre lo affligge⁷ – entra in crisi sopraffatto da una situazione emergenziale che, con alte probabilità, può determinare il sacrificio del bisogno di salute di qualcuno. E, dunque, inficiare la piena tenuta di un diritto costituzionale incompressibile e la tutela di cui gode, sia sul versante pubblicistico, sia su quello privatistico.

Si era già osservato in dottrina che, quando l'insufficienza delle risorse non consente la soddisfazione di tutte le richieste di cura, si genera un intreccio di posizioni antagoniste che trasforma la salute in un "diritto omofago": la pretesa di soddisfare il proprio diritto alla salute, in situazioni estreme, può coincidere con una sentenza nefasta per altri che invocano il medesimo diritto⁸.

Difatti, laddove le possibilità di cura sono limitate per ragioni tecniche e/o economiche l'eccesso di domanda di prestazioni sanitarie apre il campo alle "scelte tragiche", quelle che non si vorrebbero mai compiere. Si presenta allora il complesso problema di individuare i criteri morali, etici e giuridici da seguire nell'effettuarle. Ed emerge con evidenza come le decisioni pubbliche in ambito sanitario rappresentino l'antecedente necessario di ogni possibilità di scelta individuale, sia essa del paziente⁹, ovvero del medico¹⁰.

Tutti questi dati incidono inevitabilmente sul piano delle responsabilità politiche e, per quanto qui più interessa, delle responsabilità giuridiche collegate a un'errata e/o carente gestione dell'emergenza pandemica nelle strutture sanitarie. Responsabilità non sempre riconducibili a specifiche condotte, attive o omissive, tenute nel fronteggiare la malattia da parte degli esercenti la professione medica¹¹.

⁷ Il riferimento è alla (fisiologica? e) incolmabile distanza tra le risorse disponibili dello Stato, che attraversa da anni una gravissima crisi fiscale, e le esigenze di tutela che si presentano in misura largamente superiore alle risorse, situazione che mette in tensione la garanzia di diritti costituzionalmente incompressibili, come quello alla salute. Cfr. M. BERTOLISSI, *La tutela della salute nella Costituzione*, in AA. Vv., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., 33 ss.

⁸ Così GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 70. Il quale osserva che «in questi casi, il diritto alla salute, il più benevolo tra i diritti, si traduce nella crudele condanna di chi è escluso».

⁹ Ossia di quelle scelte che si esprimono nel rapporto privato di cura. Entrerebbero qui in gioco i profili dell'autodeterminazione individuale e del modo di atteggiarsi dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente secondo le più moderne concezioni della relazione di cura come "alleanza terapeutica" che il legislatore italiano ha sposato con l'approvazione della legge n. 219/2017. Normativa che per la prima volta ha regolato, a livello di fonte primaria, il "consenso informato" e il cd. "testamento biologico". Tali profili non esulano del tutto dal tema qui trattato e dalle vicende innescate dalla pandemia, tuttavia, non possiamo che limitarci a qualche fugace cenno in questa sede.

¹⁰ Cfr. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, 8 e *passim* per ulteriori approfondimenti sulla complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie.

¹¹ Alludiamo qui non tanto alle possibili difficoltà di accertamento del nesso causale nella responsabilità medica, quanto piuttosto a taluni "rischi" (da intendersi in senso tecnico) connessi all'esercizio dell'attività sanitaria,

Nell'estrema complessità di una situazione fluida e in divenire, certamente straordinaria, ma non imprevedibile – che ha rivelato, a livello nazionale, un deficit di programmazione e preparazione di strategie di azione per la gestione di rischi pandemici ampiamente annunciati (*preparedness*), nonché, in alcune realtà regionali, macroscopiche carenze di tipo gestionale e organizzativo – si sono registrate pesanti lesioni in danno alla vita e alla salute di molti pazienti che hanno contratto il CoViD-19. L'indiscutibile abnegazione professionale dei medici e degli operatori sanitari impegnati in uno sforzo titanico, e a loro volta esposti al rischio di contagio, non è valsa ad impedirlo.

Occorre allora domandarsi: erano tutti danni inevitabili o, almeno in parte, sono imputabili alla responsabilità di qualcuno? Come attribuire un ristoro a chi li ha ingiustamente patiti? Di cosa ed entro quali limiti rispondono le strutture sanitarie e i professionisti che vi operano?

Ma, soprattutto, in quale direzione deve muoversi la legislazione nella continua ricerca di un giusto equilibrio tra i confliggenti interessi in gioco nell'esercizio delle professioni sanitarie con particolare riguardo all'eventualità che quegli interessi siano sottoposti a tensione estrema in un ambiente ospedaliero saturo?

Le prime domande potrebbero sfociare in un contenzioso alluvionale, dagli effetti dirompenti e insostenibili per i settori direttamente coinvolti, quello sanitario e della giustizia *in primis*. Tuttavia, è nostro convincimento che la soluzione più corretta non consista nell'adozione in via d'urgenza di norme volte ad incidere, senza un'adeguata ponderazione, sul sistema della responsabilità civile.

Più in generale, alla faticosa laboriosità dei medici impegnati in prima linea non può fare da contraltare l'approvazione dell'ultim'ora di norme volte ad escludere o ridurre, in modo indifferenziato, le responsabilità penali, civili e amministrative, creando una sorta di immunità per quanto accaduto nella gestione sanitaria della pandemia.

Pur di fronte al difficilissimo problema di trovare un equilibrio tra le istanze di tutela dei pazienti danneggiati, in alcuni casi fino alla perdita della vita, e la necessità che i professionisti della sanità non siano investiti da un "accanimento giudiziario" per ogni lesione da altri subita¹², una scelta di politica del diritto così congegnata – e attuata nell'immediatezza di una emergenza ancora in atto – sarebbe, a nostro avviso, la peggiore possibile.

Non per niente, dopo le prime aspre polemiche che ne hanno accompagnato l'annuncio, gli emendamenti diretti ad intervenire sul sistema della responsabilità proposti da diverse forze politiche in sede di conversione del decreto legge n. 18/2020¹³, sono stati respinti¹⁴ o ritirati¹⁵.

da una parte, e alla "carenza di risorse", in un ambiente ospedaliero saturo, che di fatto può precludere a monte la corretta e completa erogazione delle prestazioni che il paziente attende, dall'altra.

¹² Alla ricerca di questo delicato equilibrio risultano preordinate le riforme legislative degli ultimi anni in materia di salute, relazione di cura e responsabilità medica sfociate, da ultimo, nell'approvazione di due importanti leggi che, attualmente, definiscono l'architettura del rapporto medico-paziente e dei regimi della responsabilità sanitaria: la già citata l. n. 219/2017 e la l. n. 24/2017, meglio nota come legge Gelli-Bianco, sulla quale ci soffermeremo di seguito.

¹³ V. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cd. "Cura Italia" che ha introdotto, tra le altre, misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale connesse all'emergenza epidemiologica da CoViD-19, convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27 (in GU, Serie Generale, n. 110 del 29 aprile 2020 – Suppl. Ordinario n. 16).

¹⁴ V. l'emendamento 1.1, proposto in sede di esame del disegno di legge di conversione approvato il 9 aprile 2020 dal Senato (AS 1766), che prevedeva l'inserimento di un art. 1-bis così formulato: «1. Le condotte dei datori di lavoro di operatori sanitari e sociosanitari operanti nell'ambito o a causa dell'emergenza COVID-19, non-

Ne consegue che, per quanto consta al momento in cui si scrive, è in base al sistema normativo vigente ad inizio epidemia che occorrerà valutare eventuali responsabilità medico-sanitarie per i fatti lesivi verificatisi durante l'emergenza epidemiologica e che in essa trovano causa.

Sul piano civilistico, è soprattutto alla legge n. 24/2017, meglio nota come Gelli-Bianco, che bisogna riferirsi, sia per verificare la tenuta e il funzionamento del sistema sanitario, anche in prospettiva di una sua maggiore efficienza futura, sia per ricostruire il quadro delle responsabilità connesse alle peculiari situazioni vissute nelle strutture pubbliche e private.

La pandemia, difatti, ha prodotto danni incalcolabili non solo in pregiudizio dei pazienti che hanno contratto il CoViD-19, ma anche per tutti gli altri malati che, parimenti, ne hanno subito gli effetti in ragione della significativa alterazione che l'emergenza ha prodotto sul normale funzionamento della sanità pubblica e privata.

Tra le situazioni più significative e preoccupanti specificatamente correlate alla diffusione del CoViD-19 – che si sono verificate, o quantomeno prospettate, negli ospedali – preme ricordare quelle relative alla “selezione” dei pazienti per l'ammissione e la permanenza nelle terapie intensive in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili (cd. *triage* prospettico da maxi-emergenza), nonché quelle di trasmissione del CoViD-19 in ambiente nosocomiale in danno di pazienti e personale sanitario.

ché le condotte dei soggetti preposti alla gestione della crisi sanitaria derivante dal contagio non determinano, in caso di danni agli stessi operatori o a terzi, responsabilità personale di ordine penale, civile, contabile e da rivalsa, se giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non sempre conformi agli standard di sicurezza, la continuità dell'assistenza sanitaria indifferibile sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare. 2. Dei danni accertati in relazione alle condotte di cui al comma 1, compresi quelli derivanti dall'insufficienza o inadeguatezza dei dispositivi di protezione individuale, risponde civilmente il solo ente di appartenenza del soggetto operante ferme restando, in caso di dolo, le responsabilità individuali».

¹⁵ V. proposta di modifica 1.0.4 che, sempre al Senato, mirava ad introdurre *Disposizioni per la definizione e l'equilibrata limitazione delle responsabilità degli operatori del servizio sanitario durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19* del seguente tenore: «1. Per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie – professionali – tecniche amministrative del Servizio sanitario non rispondono civilmente, o per danno erariale all'infuori dei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile: a) a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona; b) a condotte caratterizzate da colpa grave consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere; c) a condotte gestionali o amministrative poste in essere in palese violazione dei principi basilari delle professioni del Servizio sanitario nazionale in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che le ha poste in essere o che vi ha dato esecuzione. 2. Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui al comma 1, lettera b), vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore. 3. Fermo quanto previsto dall'articolo 590-sexies del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito dal comma 2». Per ulteriori approfondimenti sulla portata e opportunità dei diversi emendamenti proposti, v. E. SCODITTI, *Decreto-legge n.18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Questione Giustizia*, 3 aprile 2020.

Ad esse, partendo dalla seconda, intendiamo riferire i brevi spunti di riflessione che seguono.

2. Sicurezza nelle cure e responsabilità della struttura sanitaria

Nel rimodulare il sistema della responsabilità sanitaria, la legge Gelli-Bianco ha apportato alcune novità significative derivanti dalla condivisibile volontà politica di distinguere la responsabilità del medico da quella della struttura sanitaria e di non strutturare l'apparato rimediale unicamente su tutele di tipo successivo valorizzando, piuttosto, la sicurezza delle cure e della persona assistita, dunque, le misure di prevenzione e assicurative¹⁶.

Il legislatore del 2017 ha assunto una prospettiva che, se pienamente attuata, dovrebbe rivelarsi assai utile ed efficace a contenere le cause risarcitorie e, finalità assai più importante, a ridurre a monte le occasioni di danno nelle attività di cura e promozione della salute.

L'art. 1 della l. n. 24/2017 esordisce indicando l'obiettivo di garantire la «sicurezza delle cure» come «parte costitutiva del diritto alla salute», da perseguire «nell'interesse dell'individuo e della collettività». Al comma 2, sancisce che la stessa «si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative», senza mancare di sottolineare che tutto il personale¹⁷ è tenuto a concorrervi (comma 3).

L'idea di fondo, maturata in decenni funestati da casi di *malpractice* medica, è che l'eventualità dell'errore umano non si possa eliminare, ma solo ridurre. Ad essa si aggiunge la constatazione, che ha trovato amare conferme nell'emergenza pandemica, che le più agghiaccianti ed inaccettabili fattispecie dannose si verificano principalmente «quando l'azione del singolo non trova argine e rimedio nel modello organizzativo che ciascuna struttura deve adottare al fine di prevenire ed evitare il rischio»¹⁸ connesso all'attività di cura e assistenza sanitaria.

Ma, evidentemente, sottesa alla disposizione di legge v'è altresì l'aspirazione – che diviene comando – a un sistema sanitario strutturato in maniera efficiente, preparato a fronteggiare anche gli eventi avversi, come una pandemia. Capace di ottimizzare l'impiego delle risorse umane e materiali e di avvalersi dei benefici che derivano dal costante progresso della scienza medica e biomedica.

Contribuisce a rafforzare l'obiettivo descritto sul piano applicativo l'istituzione di un Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, ora al suo terzo anno di attività¹⁹.

Forse era troppo presto per riscontrare un risultato significativo nella gestione del rischio da diffusione del virus nelle strutture sanitarie e, più in generale, di contenimento dei danni da CoViD-19. Cer-

¹⁶ Per una panoramica ragionata sui contenuti della legge, M. FRANZONI, *La responsabilità civile del personale sanitario*, in AA. Vv., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., 51 ss.; R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 3, 2017, 453 ss.; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 7-8, 2017, 1115 ss. Sui profili assicurativi, P. CORRIAS, *La copertura dei rischi della attività sanitaria nella legge Gelli-Bianco*, in AA. Vv., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., 153 ss.

¹⁷ Compresi i liberi professionisti che operano nelle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

¹⁸ Così A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2019, 954.

¹⁹ V. art. 3 legge n. 24/2017.

tamente non lo è per domandarsi se – in vista di future e non imprevedibili situazioni analoghe – le misure preventive volte a innalzare gli standard di sicurezza nelle cure, opportunamente e tempestivamente attuate, avrebbero potuto e potrebbero per il futuro ridurre le conseguenze dannose di epidemie per la salute pubblica e individuale.

Basti pensare alla predisposizione di appositi piani strategici che agevolino una pronta ed efficace reazione del sistema sanitario ad emergenze straordinarie, alla disponibilità di posti letto nelle terapie intensive e sub-intensive, all'approvvigionamento di adeguate scorte di prodotti per la sanificazione, reagenti per gli esami, dispositivi di protezione individuale e così via. Aspetti tutti sui quali sono emersi importanti *deficit*, almeno in parte ovviabili con una più accorta ed accurata gestione del *risk management* diretta ad investire in misure preventive e precauzionali.

2.1. Segue. Il rischio di contagio nosocomiale

In questo quadro, lo specifico rischio di infezioni nosocomiali costituisce un problema a sé, tanto da rappresentare secondo alcuni un microcosmo autonomo della responsabilità sanitaria²⁰.

Bisogna riconoscere che la trasmissione del CoViD-19 all'interno delle strutture di assistenza in danno di pazienti e lavoratori, per la sua portata e i suoi effetti, è un evento singolare rispetto alle comuni infezioni ospedaliere.

Le peculiarità della situazione considerata non impediscono tuttavia di individuare nelle soluzioni già elaborate e attuate in altri ordinamenti alcuni possibili modelli di tutela dei quali può essere opportuno valutare l'adozione. Alludiamo a meccanismi di equo ristoro che, da una parte, potrebbero costituire una valida alternativa al risarcimento per i danneggiati e, dall'altra, potrebbero rappresentare tutele idonee ad ovviare agli inconvenienti dei tradizionali sistemi di responsabilità civile i quali, complice l'ampio uso di presunzioni da parte della giurisprudenza²¹, assegnano una posizione particolarmente gravosa alle strutture sanitarie²².

Nell'economia del discorso non si può trascurare peraltro che se taluni rischi, come quello di infezioni correlate all'assistenza in ambiente ospedaliero, possono considerarsi un fattore ineliminabile dell'attività sanitaria, eventi di enorme portata, come quelli verificatisi con il CoViD-19, imporrebbero di discriminare – nelle specifiche ed eterogenee vicende di fatto – quali danni siano riconducibili ad un vero e proprio "rischio" e quali a condotte colpose ascrivibili alla struttura sanitaria, eventualmente anche ex art. 1228 c.c.

Per affrontare problemi simili in Francia nel 2002 è stata inserita nel *Code de la santé publique* una norma che istituisce un Fondo di garanzia e, in ipotesi di gravi danni riconducibili a quella che la legge

²⁰ Tra i contributi più recenti, anche per una panoramica della giurisprudenza, LUIGI PAPI, *Infezioni correlate all'assistenza: verso un riequilibrio dell'onere probatorio?*, in *Responsabilità Civile e Prevenzione*, 2019, 1359 ss. Per una riflessione su sistemi indennitari di tutela alternativi alla responsabilità civile v., altresì, A. DAVOLA, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 357 ss.

²¹ V. M. RONCHI, *Responsabilità medica e non imputabilità: la Cassazione ne delinea i limiti in relazione alle infezioni nosocomiali*, in *Responsabilità Civile e Prevenzione*, 2, 2012, 540 ss.

²² Alle stesse è difatti sostanzialmente accolto il rischio dell'evento con una distribuzione dell'onere della prova secondo la quale il danneggiato deve dimostrare che l'infezione è avvenuta all'interno della struttura ospedaliera e quest'ultima deve dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie ad evitare il contagio. Tra le più recenti: App. Napoli, sez. VII, 28 gennaio 2020, n. 350; Trib. Agrigento, 2 marzo 2016, n. 370; Trib. Roma, sez. III, 22 novembre 2016, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, 357.

francese chiama «alea terapeutica», accorda al paziente il diritto ad ottenere un indennizzo a titolo di «solidarietà nazionale»²³.

Naturalmente questo genere di misure solleva il problema dell'allentamento della funzione deterrente della responsabilità medica e della loro sostenibilità economica, fattore che le rende incompatibili con le riforme a costo zero alle quali è avvezzo il nostro legislatore. Eppure, un rimedio di carattere indennitario che arricchisca il panorama delle tutele per i pazienti danneggiati²⁴ sarebbe coerente con l'impostazione della Gelli-Bianco e i suoi aspetti caratterizzanti in ordine alla "sicurezza delle cure", nonché con il principio di solidarietà sociale che ispira la nostra Costituzione e l'impostazione di *welfare* che l'ordinamento italiano privilegia in ambito sanitario.

Valutazioni parzialmente diverse, che non è possibile compiere in questa sede, meriterebbero le fattispecie di contagio in danno dei medici e degli operatori della sanità, da esaminare nel contesto del rapporto lavorativo.

Peraltro, la legge n. 24/2017 ha stabilito – a beneficio di tutti i danneggiati (terzi e prestatori d'opera) – un obbligo di assicurazione in capo alle strutture sanitarie, oltreché ai singoli professionisti, per la responsabilità civile²⁵. Copertura che dovrebbe estendersi a questi rischi in ragione del fatto che la "sicurezza delle cure" entra a far parte della complessa prestazione nascente dal contratto di ospedalità.

La medesima legge, nel tentativo di arginare gli eccessi della medicina difensiva e contenere i suoi effetti deleteri sui conti pubblici²⁶, ha cercato di distinguere con nettezza la responsabilità delle struttu-

²³ V. art. 1142-1 *Code de la santé publique*, introdotto dalla *loi Kouchner*, del 4 marzo 2002 n. 303, che ha istituito e regolato l'*Office national d'indemnisation des accidents médicaux*. La misura nulla ha a che vedere con il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria previsto dall'art. 14 l. n. 24/2017. Sul punto, F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica*, cit., 20 ss. Sul sistema francese ancora: G. D'AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi negli ordinamenti europei di civil law*, in *Responsabilità medica*, 2, 2019, 152 s.; F. BENATTI, *Responsabilità medica e assicurazioni nell'esperienza comparatistica*, in *Responsabilità medica*, 1, 2018, 27 ss.; A. DAVOLA, *op. cit.*, § 7.

²⁴ Similmente a quanto previsto nel nostro ordinamento dalla legge n. 210/1992 con riguardo all'indennizzo per danni da emotrasfusioni, trasmissibile agli eredi in caso di decesso del danneggiato, e ferma restando la non cumulabilità dell'indennizzo con quanto spettante a titolo di risarcimento del danno, secondo i principi fissati nel 2008 dalle Sezioni Unite (cfr. sentenze gemelle Cass. S.U., 11 gennaio 2008, nn. da 576 a 585). Sulla rilevanza d'ufficio della *compensatio lucri cum damno* v. Cass., sez. III, 10 settembre 2019, n. 22528; sul suo funzionamento, Cass., sez. III, 30 agosto 2019, n. 21837.

²⁵ V. art. 10 l. n. 24/2017 in forza del quale «[l]e strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera» (1 comma) e «ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private» deve provvedere «alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave» (3 comma).

²⁶ La medicina difensiva affonda le sue radici nei timori di un accanimento in sede giudiziale che, effettivamente, si è potuto registrare nell'ultimo ventennio sul fronte della responsabilità medica. L'esplosione dei contenziosi è stata certamente agevolata dai pregressi orientamenti giurisprudenziali che, nel lodevole tentativo di apprestare una più efficace tutela a favore dei soggetti danneggiati da *malpractice medica*, avevano ricondotto la responsabilità all'ambito contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano non solo per il termine di prescrizione dell'azione, ma soprattutto per la diversa distribuzione dell'onere della prova a vantaggio del danneggiato. Per ulteriori approfondimenti su questi aspetti, v. G. PONZANELLI, *I problemi della medical malpractice e le risposte della legge Bianco-Gelli*, in AA. VV., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., 71 ss.; R. PUCELLA, *L'onere della prova tra tradizione e novità*, ivi, 81 ss.

re da quella di medici e operatori socio-sanitari adottando il sistema del cd. doppio binario, in base al quale, com'è noto, le prime soggiacciono al regime degli artt. 1218 ss. c.c., mentre i singoli professionisti che operano all'interno delle strutture sanitarie rispondono del proprio operato secondo la disciplina dell'illecito extracontrattuale²⁷.

L'esperienza emergenziale – che ha esasperato i tradizionali problemi della sanità pubblica e privata, portando alla massima tensione un sistema già in equilibrio precario – sembra confermare che le scelte di fondo che hanno guidato l'ultima riforma, per quanto perfettibili e bisognose di una piena attuazione, si muovono nella direzione giusta.

3. Il ruolo del medico nel *triage* da maxi-emergenza. Questioni bioetiche e di biodiritto

L'enorme sforzo profuso dai medici e dagli operatori che hanno lavorato nelle strutture deputate a fronteggiare l'emergenza sanitaria è ancora sotto i nostri occhi.

La pressione subita dal sistema, e da alcune categorie di medici in particolare, è stata aggravata da uno specifico e doloroso problema che non si poteva ignorare, sebbene si fosse impegnati a scongiurarlo in ogni modo: si è presentata imminente la necessità di assumere decisioni relative all'ammissione dei pazienti a trattamenti intensivi e alla loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra bisogni e risorse disponibili.

Il tema è molto delicato e complesso. Per la sua rilevanza, ha immediatamente indotto la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (d'ora in poi SIAARTI) a pubblicare un documento recante specifiche raccomandazioni²⁸ concernenti l'individuazione di criteri idonei ad orientare l'operato dei sanitari impegnati nel *triage*²⁹ da maxi-emergenza pandemica. Subito dopo ha formato oggetto di uno specifico parere del Comitato Nazionale per la Bioetica³⁰.

La natura etica della questione esorbita dalla competenza di chi scrive. Ciononostante ci permettiamo di svolgere alcune considerazioni in ragione della sua incidenza sulla tutela dei diritti fondamentali alla vita e alla salute.

Quanto alla portata giuridica del documento SIAARTI, occorre innanzitutto premettere che non siamo al cospetto di raccomandazioni previste da linee guida accreditate³¹ capaci dunque di incidere sulla

²⁷ Cfr. art. 7 l. n. 24/2017.

²⁸ Anticipando tutti, la SIAARTI ha pubblicato il 6 marzo 2020 un documento intitolato *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili* che ha suscitato un vivace – e a tratti polemico – dibattito tra gli addetti ai lavori. Per qualche considerazione etico-giuridica in merito al documento, A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, in questo fascicolo, 11 ss. Per maggiori approfondimenti si vedano i seguenti contributi presenti in questo fascicolo: C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*; L. D'AVACK, *CoViD-19: criteri etici*; L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica. Quando le risorse sono limitate: chi curare?*, alla quale si rinvia per un quadro sulle diverse teorie che si contendono il campo nella discussione bioetica.

²⁹ Per un approfondimento del concetto di *triage* G. BATTARINO, *Risposta all'emergenza sanitaria e triage. Apunti per una lettura penalistica*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2020.

³⁰ V. parere CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, dell'8 aprile 2020.

³¹ L'art. 5 l. n. 24/2017 prevede che gli esercenti le professioni sanitarie si attengano, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate da società scientifiche e enti iscritti in un

valutazione della responsabilità penale dei medici³². Né di parametri dei quali – in base alla medesima normativa – il giudice civile deve tenere conto nel valutare la condotta dell’esercente la professione sanitaria ai fini della determinazione del danno risarcibile³³.

Ciò non esclude peraltro che anch’esse possano conquistare uno spazio nel giudizio di responsabilità civile, sia per via della loro idoneità specificativa di criteri assunti dalle norme deontologiche per lo svolgimento dell’attività medica³⁴, sia per l’incidenza che tali raccomandazioni possono avere nell’orientare la condotta dei medici investiti della responsabilità di scelte tragiche in un contesto eccezionale e dunque, in ultima analisi, per valutarne l’operato. Difatti, pur non rappresentando linee guida pubblicate con le formalità prescritte dalla legge Gelli-Bianco, si tratta comunque di indicazioni di comportamento provenienti da un soggetto qualificato e rappresentativo della categoria professionale³⁵ delle quali i sanitari – senza dismettere l’autonomia e la discrezionalità di valutazione che connota il loro ufficio – dovrebbero (sebbene non siano impositive) e potrebbero legittimamente tener conto nell’assumere le decisioni necessarie all’espletamento della propria attività. Ne consegue che, assolvendo a una funzione di sostegno e orientamento dell’operato dei medici impegnati nei reparti di rianimazione e terapia intensiva, possono costituire un parametro da considerare nel complesso giudizio sulla “colpa” medica, anche al fine di escluderla o, per lo meno, graduarla in ragione dell’osservanza e del corretto riferimento dello specialista a criteri di decisione raccomandati da una società scientifica accreditata.

In ambito civile, questa valutazione della condotta può ripercuotersi sul giudizio di responsabilità del medico fino ad escluderla. In caso di responsabilità accertata, potrebbe invece incidere sulla determinazione del danno risarcibile, qualora si ritenga di poter applicare anche in questo caso la norma

apposito elenco, pubblicate nel rispetto di formalità di legge e integrate nel Sistema nazionale linee guida (v. comma 3).

³² Il riferimento è all’esclusione di punibilità contemplata dall’art. 590-sexies c.p. (introdotto dall’art. 6 della l. n. 24/2017) per gli eventi lesivi – morte o lesioni personali in ambito sanitario – verificatisi a causa di imperizia.

³³ Sul rilievo dell’osservanza di linee guida nel giudizio di responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria, v. art. 7, comma 3, l. n. 24/2017, in collegamento con i richiamati artt. 5 e 6 della medesima legge, i quali comunque condizionano la rilevanza delle linee guida al fatto che le stesse «risultino adeguate alle specificità del caso concreto». Nella dottrina civilistica, v. F. DI LELLA, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2, 2018, 264 ss.; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e Responsabilità*, 3, 2017, 271 ss., il quale ben osserva come le linee guida, intese come regole dell’arte medica, sono sempre entrate nel processo civile e penale attraverso il lavoro del consulente tecnico d’ufficio. Sull’origine delle linee guida e l’incidenza del concetto nella legislazione sulla responsabilità medica, A. CONTI, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti norme*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2019, 635 ss.

³⁴ Nonostante la produzione “privata” delle norme deontologiche, è noto come il giudice civile faccia oramai abituale ricorso alle stesse nel motivare le decisioni in materia di relazione di cura. La giurisprudenza che si è pronunciata su questioni di “fine vita” ne offre ampio riscontro. Le norme di deontologia medica, d’altra parte, sono oramai espressamente richiamate dalla legge sul consenso informato (v. art. 1, comma 6, l. n. 219/2017) quali “fonti” che contribuiscono alla definizione dell’oggetto della prestazione del medico, sebbene lì in una prospettiva differente da quella qui in esame. Per gli specifici collegamenti del Documento SIAARTI con il codice di deontologia medica, si rinvia a AA. VV., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI, “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”*, in *Recenti progressi in medicina*, 4, 2020, 219.

³⁵ La SIAARTI è tra le società scientifiche iscritte nell’elenco di cui al d.m. 2 agosto 2017 reperibile sul sito del Ministero della Salute aggiornato al 18 dicembre 2019 <https://bit.ly/2TuW792>.

che consente di ridurre o aumentare il *quantum* dovuto in ragione dell'intensità della colpa del sanitario³⁶. Ma soprattutto la gradazione della colpa rileva nell'azione di rivalsa laddove è certo che il medico risponda soltanto per dolo o colpa grave³⁷.

Un'ulteriore considerazione deve essere fatta sugli obiettivi, richiamati o assunti nei documenti citati, almeno in parte riconducibili all'idea di «limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Convid-19»³⁸ e di «sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, (*omissis*) emotivamente gravose, compiute nei singoli casi» in cui «l'enorme squilibrio tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive» imponga la necessità di assumere decisioni escludenti, e quindi penalizzanti, per qualche paziente³⁹.

Come altrove osservato, «è pacifico che nessun documento può sollevare, nemmeno in parte, il medico dalla responsabilità della scelta, che è una sua prerogativa esclusiva»⁴⁰ anche nelle situazioni più tragiche che è chiamato ad affrontare nella sua professione. La considerazione si estende dal piano morale a quello giuridico che è dotato di suoi specifici criteri di imputazione e valutazione della responsabilità.

Il tema etico non può essere qui approfondito quanto merita. Tuttavia è chiaro che, sebbene talune decisioni siano tragiche, perché in ogni caso immorali⁴¹ e incapaci di soddisfare tutti i diritti fondamentali coinvolti, una volta rivelatosi vano lo sforzo di evitare che si creino e/o mantengano le condizioni di fatto che le impongono⁴², esse devono essere assunte.

Si è ritenuto allora che il medico impegnato nel *triage*, nella fase di disproporzione tra domanda e offerta di assistenza, possa ragionevolmente affidarsi al criterio della «maggiore prospettiva di succes-

³⁶ Ossia l'art. 7, comma 3, l. n. 24/2017 su cui v. sopra nota 33. Attesa la peculiarità delle Raccomandazioni SIAARTI, sotto il profilo del contenuto e della formazione del documento, si può dubitare che le stesse rientrino nel concetto di "buone pratiche clinico-assistenziali", alle quali gli esercenti le professioni sanitarie si attengono in mancanza di linee guida (v. art. 5, comma 1, ult. periodo, l. n. 24/2017). Tuttavia, in caso affermativo, esse potrebbero assumere rilevanza nella determinazione del danno risarcibile. La conclusione, per quanto dubbia, non si può escludere a priori giacché la categoria delle "buone pratiche clinico-assistenziali" ha confini abbastanza incerti e sarà dunque la giurisprudenza a definirla con maggiore precisione.

³⁷ V. art. 9, comma 5, l. n. 24/2017 su cui *infra* § 3.1.

³⁸ Così il CNB nella presentazione del parere e *infra* a pag. 9. Per consultare il documento integrale, inclusa la ferma posizione di dissenso espressa dal Prof. Maurizio Mori: <https://bit.ly/2A6BCIY> (ultimo accesso 29 aprile).

³⁹ Così il Documento SIAARTI reperibile qui: <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> (ultimo accesso 29 aprile).

⁴⁰ V. AA. VV., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI*, cit., 217, laddove si sottolinea che le raccomandazioni elaborate dalla SIAARTI sono «volte a orientare i processi decisionali: non sono né vincolanti, né deresponsabilizzanti, semmai utilizzabili per rafforzare le decisioni».

⁴¹ Così, J. HABERMAS, *Dans cette crise, il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir*, in *Le Monde*, 10 aprile 2020.

⁴² Su questo v., peraltro, G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, 2006 (II ed. it.), 13, laddove si osserva come frequentemente la scarsità di risorse, e la necessità di scegliere le vittime che impone, anche se assoluta in un particolare momento, «non è assoluta nel tempo, al di là di quel particolare momento. Più comunemente ancora, la scarsità non è il risultato di una mancanza assoluta di qualche risorsa in particolare, ma piuttosto decisione di una società che non è disposta a rinunciare ad altri beni e benefici in quantità tale da eliminare quella scarsità. Quest'ultima situazione provoca le scelte più difficili dal momento che la responsabilità non è, in tal caso, così facilmente eludibile».

so del trattamento clinico»⁴³ o, detto altrimenti, «della maggiore probabilità di sopravvivenza del paziente»⁴⁴, dando la precedenza a chi dai trattamenti intensivi può trarre maggiore beneficio⁴⁵. La sua applicazione, naturalmente, implica la considerazione scientifica e professionale di una pluralità di fattori – tra i quali l’età biologica e la comorbidità – vagliati in combinazione tra loro per ogni specifico caso concreto. Il documento SIAARTI li inserisce tra i criteri straordinari di ammissione alle terapie intensive.

Si tratta di parametri comunemente ricondotti ad un approccio utilitarista. Pertanto mal si conciliano con il modello personalista sul quale si fonda la nostra Costituzione, che assume la salute come un diritto fondamentale della persona e ambito inviolabile della dignità umana⁴⁶. Ne consegue che la loro portata deve considerarsi circoscritta al quadro eccezionale con riferimento al quale sono stati adottati. È auspicabile invece che non si abbandoni il tema e che questo “grido di dolore” della SIAARTI contribuisca a rianimare il dibattito e la riflessione etica anche nella società civile.

Apprezzabile, infine, la trasparenza con la quale i criteri di razionamento straordinari individuati sono stati resi noti all’opinione pubblica, in modo da aumentare il livello di consapevolezza della popolazione e consentire scelte effettivamente libere e informate, secondo i principi che governano la relazione di cura in base alla legge n. 219/2017, eventualmente avvalendosi degli strumenti ivi regolati⁴⁷.

3.1 Segue. La responsabilità civile del personale sanitario e dell’ente ospedaliero impegnati nella cura di pazienti affetti da CoViD-19.

Veniamo dunque al tema della responsabilità civile del personale sanitario, a partire dallo specifico problema appena considerato.

Possiamo osservare che – se valutata secondo i canoni dell’illecito aquiliano⁴⁸ – un’eventuale “scelta tragica” effettuata nel *triage* da maxi-emergenza potrebbe integrare una condotta scriminata dallo stato di necessità. La decisione assunta dal medico, in danno di un paziente che concorra con altri nel bisogno di ricovero in una terapia intensiva che dispone di risorse insufficienti, sarebbe difatti sorretta dalla necessità di salvare altri pazienti dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, non volontariamente causato, né altrimenti evitabile dal soggetto agente. La conclusione vale *a fortiori* se, in presenza dei presupposti per l’applicabilità della causa di giustificazione di cui all’art. 2045 c.c., la

⁴³ Ancora, J. HABERMAS, *loc. ult. cit.*

⁴⁴ V. Documento SIAARTI ove si legge che «l’allocazione in un contesto di grave carenza (*shortage*) delle risorse sanitarie deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico» dovendosi privilegiare la “maggior speranza di vita”.

⁴⁵ Così AA. Vv., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI*, cit., 218 al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti compiuti in prospettiva multidisciplinare.

⁴⁶ Così, C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 445 ss. Nello stesso senso, L. D’AVACK, *op. cit.*, 374 ss.; L. PALAZZANI, *op. cit.*, 360 ss.

⁴⁷ Il riferimento è alle disposizioni anticipate di trattamento e alla pianificazione condivisa delle cure, oltre al consenso informato da prestare per la sottoposizione a qualsiasi trattamento sanitario, tanto più per quelli particolarmente invasivi che si praticano nelle terapie intensive, sempre fatti salvi i casi di urgenza (cfr. artt. 1, comma 7, 4 e 5 l. 219/2017).

⁴⁸ Così la legge Gelli prevede per le condotte dei medici, dipendenti delle strutture sanitarie, che non abbiano istituito un rapporto contrattuale con il paziente, come si suppone sia per i professionisti impegnati nelle terapie intensive.

scelta risulti coerente con “criteri di razionamento” che abbiano un riscontro oggettivo e siano raccomandati dalle competenti società scientifiche.

In questa logica, certamente non pienamente appagante per il danneggiato, esclusa l’ingiustizia del danno, resterebbe al titolare dell’interesse sacrificato la via dell’indennizzo rimesso alla determinazione equitativa del giudice.

La soluzione, peraltro, non è soddisfacente nemmeno nella prospettiva del medico, se in capo a lui si reputa sorga l’obbligo indennitario⁴⁹. Valgono, difatti, le stesse ragioni per le quali, da una parte, la legge lo esonera da responsabilità per danni non ascrivibili a una sua condotta dolosa o colposa e, dall’altra, la giurisprudenza, nel valutare la colpa in presenza di danni imputabili al medico, tiene conto del contesto materiale nel quale si è svolta la prestazione lavorativa.

Una soluzione miope, dunque, si dirà, soprattutto se si trascura il più ampio rapporto nel quale la vicenda si colloca, ossia quello tra paziente e struttura nascente dal contratto di ospedalità.

Invero, il perfezionamento del contratto, di norma coincidente con l’accettazione del paziente all’interno del luogo di cura, comporta in capo all’ente ospedaliero l’assunzione di un impegno ad ampio spettro. Esso include non solo la prestazione di cura in senso stretto, ma anche l’efficienza organizzativa, la sicurezza delle cure, il funzionamento di macchinari e attrezzature e tutto quanto sia necessario per un’assistenza completa preordinata alla tutela della salute e della vita del paziente. Non esclusi gli obblighi di protezione che contribuiscono a colorare una prestazione estremamente multiforme e articolata.

Il suo contenuto rivela come l’espletamento dell’attività sanitaria si avvicini oramai ad un modello di attività d’impresa⁵⁰, alla quale di norma si associa una responsabilità oggettiva per i rischi connessi.

Non solo. La dottrina osserva come, sebbene la legge adotti quale criterio di imputazione della responsabilità medico-sanitaria la colpa, l’accoppiamento tra responsabilità e assicurazione abbia determinato una profonda modificazione del modo di funzionare del sistema. E, per altro verso, constata come l’ampliarsi delle aspettative di cura abbia alimentato una sorta di “oggettivazione” della responsabilità in via giurisprudenziale⁵¹.

Ora, nel caso dal quale siamo partiti, il punto critico è stabilire se si possa ritenere che la prestazione della struttura sanitaria, una volta accolti i pazienti, si estenda fino al punto di dover garantire un accesso alla terapia intensiva commisurato agli effettivi bisogni straordinari che si manifestano nel corso di una pandemia, investendo la stessa di una responsabilità oggettiva per fatto proprio.

La conclusione non è automatica, ma non può nemmeno essere esclusa a priori, soprattutto se si concepisce il principio della sicurezza delle cure in senso ampio, tale da imporre all’ente ospedaliero

⁴⁹ V’è da dire che l’art. 2045 c.c. si limita a disporre che «al danneggiato è dovuta un’indennità». L’obbligo è implicitamente posto in capo al danneggiante, ma nel contesto qui esaminato della relazione di cura l’interpretazione della norma e la ricerca di una soluzione al problema potrebbero condurre altrove.

⁵⁰ Sulla riconducibilità dell’attività delle strutture sanitarie all’attività di impresa, si vedano, tra gli altri, G. SMORTO, *Responsabilità medica (I agg.)*, in *Digesto civile*, agg. 2018 a cura di Valentina Lo Voi, § 4, e R. CALVO, *op. cit.*, § 5, il quale ulteriormente osserva che, nel modello di attività d’impresa, la responsabilità del medico smarrisce il requisito di presupposto essenziale di quella addossabile alla struttura sanitaria potendosi scorgere una responsabilità dell’ente slegata dall’accertamento di una condotta negligente dei suoi ausiliari (medici e infermieri), fatta salva la dimostrazione che l’evento cagionante la lesione al paziente non le sia imputabile, essendo estraneo al rischio tipico gravante sulla stessa.

⁵¹ Così G. D’AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi*, cit., 165.

l'obbligo di rimuovere gli ostacoli che nel corso di un'epidemia si frappongono alla piena fruizione delle prestazioni sanitarie necessarie alla cura dei pazienti ricoverati. Occorrerebbe inoltre valutare a monte se l'eventuale carenza di risorse materiali e/o di personale riscontrata in concreto rientri in uno standard esigibile da un ente capace di orientare le proprie scelte organizzative a criteri di efficienza e razionalità.

In ogni caso è certo che, in ragione della normale diversità tra le prestazioni assunte, occorre distinguere la responsabilità del medico da quella della struttura sanitaria, quandanche siano entrambe da ricondurre al modello di cui agli artt. 1218 ss. c.c.⁵²

A parte dunque la possibilità di ravvisare una responsabilità oggettiva dell'ente ospedaliero basata sul rischio di impresa e ragionando ora sulla base di un criterio di imputazione soggettivo, a fronte di danni connessi ad attività espletate in un contesto di eccezionale sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti, le conseguenze particolarmente severe della responsabilità medico-sanitaria potrebbero essere temperate facendo ricorso al concetto di inesigibilità, sempre che non si possa riscontrare, com'è probabile in alcuni casi, una vera e propria impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore⁵³, con conseguente liberazione secondo le ordinarie regole della responsabilità contrattuale.

Rispetto alla più ampia attività professionale del medico nel contesto emergenziale, non si può tacere inoltre che gli operatori sanitari si sono trovati al cospetto di situazioni che, in ragione della novità delle questioni trattate e dell'inesistenza di studi scientifici sugli effetti causati dal CoViD-19 e sul trattamento delle conseguenti patologie (e quindi di veri e propri protocolli), possono essere state foriere di «problemi tecnici di speciale difficoltà» in presenza dei quali il professionista intellettuale risponde dei danni soltanto in caso di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.).

Infine, per completare il quadro, sempre con generale riferimento a tutte le possibili fattispecie di danni subiti dai pazienti nella fase emergenziale, occorre ricordare che, qualora sia stata proposta e accolta una domanda di risarcimento nei confronti della struttura sanitaria pubblica, la responsabilità amministrativa degli esercenti le professioni sanitarie chiamati a rispondere in sede di rivalsa - oltre ad essere limitata al caso di dolo o colpa grave del dipendente - è giustamente attenuata dal fatto che, nella quantificazione del danno, «si tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato».⁵⁴ Tali circostanze possono incidere, alleggerendone l'ammontare,

⁵² Ossia «qualora il medico abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7, comma 3, l. n. 24/2017).

⁵³ In quest'ultimo senso, E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 10 aprile 2020, nel riferirsi alla condotta e responsabilità del medico.

⁵⁴ V. il quinto comma dell'art. 9 l. n. 24/2017 che regola l'azione di rivalsa esercitata in sede amministrativa dal pubblico ministero presso la Corte dei conti a tutela della struttura sanitaria pubblica, nonché la rivalsa che può essere promossa davanti al giudice ordinario dalla struttura privata nei confronti del medico dopo aver risarcito il danneggiato. In tema, C. CHESSA, *La cd. «azione di rivalsa» nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2019, 396 ss.; G. FACCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria tra le sentenze di San Martino e la l. Gelli-Bianco*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, 222 ss.; ID., *La colpa grave del sanitario, il danno erariale indiretto e l'assicurazione con franchigia della struttura*, in *Corriere giuridico*, 12, 2019, 1501 ss.

sulla quantificazione delle somme ripetibili mediante l'azione di responsabilità amministrativa. La previsione, che tiene conto del non infrequente concorso nella fattispecie lesiva di cause imputabili a deficienze del sistema sanitario, sembra destinata a trovare riscontro nell'eccezionale situazione esaminata. Essa può considerarsi espressione del principio secondo il quale le conseguenze delle carenze strutturali e organizzative del presidio ospedaliero non possono essere automaticamente, né integralmente fatte ricadere sul medico che ivi presta la sua opera professionale⁵⁵.

4. Riflessioni conclusive

La pandemia ha portato con sé un patrimonio di sollecitazioni sensazionali per una migliore organizzazione del sistema sanitario e per la creazione di condizioni funzionali a una piena tutela del diritto alla salute anche in contesti emergenziali. Se non se ne vorranno perdere i possibili effetti benefici, esse andranno presto razionalizzate e tradotte in azioni e discipline che, da una parte, costringano le strutture sanitarie ad un'organizzazione efficiente, capace di reagire tempestivamente e in modo adeguato ad eventi epidemici di portata eccezionale e, dall'altra, preservino gli esercenti le professioni sanitarie da responsabilità giuridiche troppo stringenti, mettendoli nelle condizioni di lavorare in modo sereno, almeno sotto questo profilo.

In questo ripensamento, potrebbero ottenere un riconoscimento sul piano normativo tutele di tipo indennitario che andrebbero congegnate in modo da assicurare ai pazienti pregiudicati il ristoro di danni particolarmente gravi e di difficile accertamento, senza tuttavia deresponsabilizzare i medici e soprattutto la classe dirigente delle strutture ospedaliere.

La logica di fondo che sorregge questo genere di rimedi alternativi alla responsabilità civile non sembra poi così distante dalla proposta di chi in concomitanza con l'emergenza ha ipotizzato la costituzione di un "patrimonio destinato", nel quale far confluire una quota dei risarcimenti corrisposti per danni alla salute, così da finanziare la ricerca e creare le condizioni per un'assistenza sanitaria più adeguata e cure più specializzate, a beneficio della salute collettiva⁵⁶.

Il potenziamento di strumenti di tutela indennitari, alternativi alla responsabilità civile, sarebbe un buon modo per continuare ad attuare il dovere di solidarietà sociale correlato alla salute umana che ha già pervaso i rapporti privati⁵⁷.

Si tratta, insomma, di tradurre in positivo e in misure tangibili l'esperienza vissuta e il valore della solidarietà in favore delle vittime e, per quanto possibile, dell'intera comunità.

L'analisi multidisciplinare di quanto avvenuto durante la pandemia potrà certamente aiutare ad individuare i piani e le modalità di azione da assumere in futuro per migliorare il funzionamento del sistema sanitario, eventualmente anche mediante un'integrazione della normativa che regola l'attività

⁵⁵ Per ulteriori approfondimenti sulle distinte responsabilità delle strutture sanitarie, dei medici e di coloro che ricoprono posizioni di vertice come i dirigenti e i direttori, v. M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, 2018, spec. 135 ss.; ID., *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2016, 1851 ss.

⁵⁶ V. M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 2 aprile 2020.

⁵⁷ V. F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 1, 2018, 126 ss.

medico-sanitaria. Nella consapevolezza dell'utopia di un sistema perfetto, capace di dare piena soddisfazione a tutte le pretese di cura e salute, come la Costituzione vorrebbe, si tratta di un obiettivo che merita l'attenzione e l'impegno di tutti, non ultimi dei giuristi.